法 学 研 究

社会法转型与进路研究

叶静漪 苏晖阳
(北京大学 法学院,北京 100871)

摘 要: 近年来,社会领域法治总体成效卓著,但劳动保护、社会组织及公益慈善和特殊群体保护也面临新的问题和挑战。社会法须适时转向更具有适用价值的具体研究,在坚持自身独立的基础上注重体系协同、注重实施的外部基础环境,在慎重修缮规范的同时发挥软法治理效能,与信息时代、风险社会相适配,构筑现代化、中国化的社会法治系统。

关键词: 社会法;协同;转型

中图分类号: D 922.5 **文献标识码:** A **文章编号:** 1000-5919(2020)05-0120-11

社会法是中国特色社会主义法律体系的七大部门之一,社会法学研究在我国有一定的传统①。社会法的自我更新需要充分考虑到当前社会运转的风险性、强度和高速化等特征,例如重大疫情的公共危机事件需要更有力的社会法规范依托,总体而言,社会法的实施与开展在本次疫情的应对中表现良好,但部分政策规范存在前后不一、执行不力、地域差异大等问题。政策规范的矛盾是"表",其"里"在于我国社会法的学术共识缺位。20 世纪 90 年代以来,社会法基础理论之争从未平息,理论继受的"添枝加叶"、理论分叉又让社会法体系空前繁复,难以对其规范的具体适用得出共识性的结论。以"求同""精准""创新""发展"为原则,探索一条科学优化的进路,既是化解社会问题和国家社会治理问题的要求,也是我国法治水平提升与治理体系现代化的应有之义。

一、当前社会法面临的问题及其应对

(一)劳动者权益保护问题

1. 新型模式中的三方关系

新冠疫情期间,以餐饮业和商超业为代表的行业自发开启"共享用工"模式:保持原劳动关系不变,实际用人单位与劳动者签署劳务合同、与原用人单位签署协议,约定劳动者的工资、社保、公积金、工伤等形式上仍由原用人单位负责,实际费用通过企业间结算实现"再分配"。这种创新的用工方式得到了人社部的肯定②,地方层面也有提倡,例如,广东省东莞市人社局推出 3 类企业用工余缺调剂服务模式,安徽省合肥市人社局发布《到复工企业就业的倡议书》。但是,该模式的三方关系也对现行法提出挑战。

一方面,实际用人单位与员工的关系认定面临两套规范的竞合。《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》③和《工伤保险条例》承认了借调用工。但是,依照《关于确立劳动关系有关

收稿日期: 2020-07-10

作者简介: 叶静漪,女,福建平和人,北京大学法学院教授。

① 叶静漪:《比较社会法学》,北京:北京大学出版社 2018 年版,第 1 页。

② 参见人社系统行风建设专栏:《政府+机构+企业三方联动全力以赴做好企业复工用工》,http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/ztzl/rsxthfjszl/fybmfwxf/202002/t20200217_360003.html,2020 年 7 月 28 日访问。

③ 《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》(原劳动部〔1995〕309 号),对借用关系下的福利支付予以规定。

事项的通知》①的“三要素”标准,考虑到人事管理、薪酬发放和业务关联等方面的特征,包括“共享用工”在内的各种借调用工形态都很难认定为“事实上的劳动关系”。从近年类似案例的裁判结果来看,并不能以新法优于旧法规则简单处理。其矛盾的根源在于,难以界定实际用人单位的“管理”究竟是劳动法意义上的雇主行为,还是企业间借调合同的履约行为。虽然人社部对疫情期间的“共享用工”认定问题进行了相应明确②,但各种借调用工的尴尬地位仍未根治。

其次,这种模式与劳务派遣高度相似,人社部明确禁止以营利为目的借出员工,防范借此开展违法劳务派遣。我国对劳务派遣的态度向来从紧,《劳动合同法》限制了派遣的适用条件并对非法劳务派遣设定处罚,《劳务派遣暂行规定》也明确了劳务派遣的属性是“临时性、辅助性和可替代性”。疫情期间的“共享用工”与劳务派遣之间的主要区别在于是否属于“经营劳务派遣业务”,即是否长期稳定地以此谋取经济利益。从这个角度看,该“共享用工”模式在法律上的存活空间是比较小的,只能短暂存在且不能从中获得任何经济利益,一旦越线就将构成违法劳务派遣,这与“共享用工”在疫情后的广阔市场可能存在一定冲突。

2. 传统用工模式面临的新因素

(1)居家办公工作时长认定疑难

雇主提供工作场所并在场督导劳动义务的履行是现行劳动法律的基本预设之一,但网络通讯技术的发展让远程协作便捷可行,居家办公在新型行业中具有广阔的应用空间,新冠疫情期间,在政策的鼓励下,有超过 1800 万家企业线上复工③,但线上复工期间工作时间边界模糊,时段二分法之下“雇主的指示命令”和“实际完成工作内容和履行职责”的时间难以确认。《劳动法》第 37 条对交付型居家办公的工作时间认定问题进行了相应规制,但是对非交付型工作仍尚待明确。《江苏省工资支付条例》第 11、21 条确立了计件制工作加班标准,可为该问题的解决提供相应参考,但仍并非最直接的解决方案。

(2)工资暂停支付与劳动合同变更

不仅全球性的经济周期可能导致企业陷入停滞,突发公共事件、政治摩擦、自然灾害等诸多外部不确定性因素都可能使企业经营面临严峻挑战,而金融工具的普遍应用让当代社会的风险水平空前高涨,劳动者个人在车贷房贷压力之下难以无虞地度过突发的停薪乃至失业危机。对于停工停产期间的工资支付标准,《工资支付暂行规定》第 12 条未明示“劳动者未提供正常劳动”的情形,留待兜底条款解决;而人社部④则要求企业有义务按照各地标准发放生活费。各地生活费标准的差异又使得异地就业语境下的冲突适用问题提上了桌面。

全国人大法工委已明确不可抗力可以构成不可抗力免责,用人单位方迫切希望以不可抗力条款免除“无过失辞退”“经济性裁员”的补偿金,以及依照《工资支付暂行条例》和人社部的要求⑤,停工期仍须支付一个工资支付周期的正常工资和后续的生活费。我国劳动法律中的“不可抗力”见于 1994 年原劳动部《关于〈劳动法〉若干条文的说明》⑤和《保障农民工工资支付条例》第十四条关于延迟支付的规

---

① 《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发〔2005〕12 号),对“三标准”进行了相应解释:包括用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格;用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者,劳动者受用人单位的劳动管理,从事用人单位安排的有报酬的劳动;劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

② 参见中国新闻网:《人社部回应共享员工:不得以营利为目的借出员工》,http://www.chinanews.com/cj/2020/02-21/9100066.shtml,2020 年 8 月 7 日访问。

③ 参见艾媒咨询:《2020 中国职场新春居家办公行为状态调查研究报告》,载于艾媒网 2020 年 2 月 10 日,https://www.iimedia.cn/c400/68775.html。

④⑤ 参见《人力资源社会保障部办公厅关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》(人社厅明电 20205 号)。

⑤ 参见《关于〈中华人民共和国劳动法〉若干条文的说明》(劳办发[1994]289 号)

定。至于新冠疫情期间是否可以适用,四川省高院法官会议纪要①中指出“虽然劳动法律关系有其特殊社会属性,但《民法总则》关于不可抗力的规定及公平、诚实信用原则仍应适用于劳动合同的履行、解除、终止”,但不可抗力在此处的适用是为劳动者不能履行义务免责,仍未能回应用人单位能否因疫情缘故而无责任地变更、终止劳动合同的问题。

上述用人单位责任已经经由“情势变更”予以调整,其轻于“正常情况下的劳动法责任”,重于“不可抗力豁免后的合同法责任”,若以不可抗力对已依据客观情况修正的补偿责任进行“二次修正”,可能违背了倾斜保护原则,使劳动合同的处理和民商事合同趋同。

(3)年节假期

春节假期延长期间加班待遇如何确定? 对此,国办文件认为“未休假期的工资报酬应按照有关政策保障落实”,人社部给出的政策方案是部分主体享受休息日加班待遇②,而北京、上海、江西、云南、深圳等明确将其对应到《劳动法》对于休息日的规定,支付不低于 200% 的加班工资。而本问题的主要争点则在于对“法外特殊假期”的性质认定困难:其一,补休与休息日认定之间是必要不充分关系,不能依据国办文件中“补休”的相关表述而直接认定为劳动法意义上的休息日;其二,我国年节假日已由《全国年节及纪念日放假办法》规定,国办文件并无对国务院行政法规予以例外规定的权限,并且,对其视为节假日的解读也不符合制度设计时的初衷③。

(4)职业卫生安全与工伤认定

疫情形势下,医护人员“获得劳动安全卫生保护的权利”受到了很好的保障,但非医护人员的权利保障没有受到相应的重视。我国于 2006 年批准加入的《职业安全和卫生及工作环境公约》对雇主提供护具、防范雇员健康隐患提出相应责任要求。《劳动法》也建立起了“职业安全健康的防治责任、培训、认证、申报、预评价制度”等相应技术规范。但有关条文中所预设的前置条件“因劳动而增加的职业安全卫生风险”,使得“受到病毒传染”这类“劳动过程中客观存在的风险”有被忽略之嫌,非医护人员难以获得相应的救济。

职业安全卫生还包括事后救济属性的工伤赔偿。人社部④、多地人社部门出台文件明确医护人员因履职感染新冠病毒的享受工伤待遇,但对非从事防控及相关工作感染新冠肺炎的情况不认定为工伤⑤。

(二)社会组织及公益慈善规制问题

“社会团体”不仅是市民社会与政治国家之间的缓冲带,也是有效汇聚社会力量的“功能区”,妥善处理与之相关的物资、人力和作用范围等问题,是提升危机治理能力应对转型期带来的高风险所必须具备的要求。

1. 物资捐赠管理失能

---

① 参见《四川省高级人民法院民事审判第一庭关于印发〈关于涉新冠肺炎疫情相关民事案件审理的法官会议纪要〉的通知》(川高法民一[2020]1 号)。

② 人力资源社会保障部、中华全国总工会、中国企业联合会/中国企业家协会和中华全国工商业联合会联合发布的《关于做好新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间稳定劳动关系支持企业复工复产的意见》(人社部发[2020]8 号)规定,补休与加班工资适用的是“在春节假期延长假期间因疫情防控不能休假的职工”,缺乏界定是否属于“因疫情防控不能休假”的具体标准,非此原因不能休假的待遇标准更无规范依据可循。

③ 1986 年 5 月国家科委委托课题《关于缩短工时,实行五天工作制的研究报告》中将设立周末休息日的意义界定为促进消费、促进劳动力合理再生、促进提高生产效率等,本次延长假期显然不在此列。

④ 参见《关于因履行工作职责感染新型冠状病毒肺炎的医护及相关工作人员有关保障问题的通知》(人社部函202011 号)。

⑤ 参见新华网,http://www.xinhuanet.com/politics/2020-02/22/c_1125612154.htm,2020 年 3 月 21 日访问。

首先,在发起募捐问题上,《慈善法》和《慈善组织公开募捐管理办法》规定向社会公众募集物资必须具备相应资格并制订募捐方案报民政部门备案,民政部①及湖北省、武汉市政府的通告②中均要求通过红十字会等慈善组织接受捐赠,但实践中反倒是无公募资格的医院显现出更强大的社会影响力和防控一线物资需求的掌握能力,在应急防控中体现出迅速应对、机动反映等优势。其次,在物资流通分配问题上,我国相应法律法规呈现出"由归集到放开"的历时变化,目前,仍然只有为数不多的社会组织取得了参与非定向捐赠物资统筹安排的合法资格,新冠疫情防控实践反映了合法范畴中的统筹力量还不足够,在物资存储、信息对接和物流能力上有局限。最后,在信息公示审查问题上,公开是公信力的基础,尤其"名为捐赠实为避税"的非法关联交易行为,牵动着社会的敏感神经,充分及时的公示才能打消疑虑。各类公益方面的法律法规③已对财务信息留痕和及时整理公示工作做出明确要求,但疫情突发后激增的工作量超越了慈善组织现有信息公示机制的负荷能力,韧性建设不足导致疫情防控紧要关头出现"守法能力"欠缺。

2. 志愿服务规范失序

志愿服务工作在本次疫情防控中扮演了重要角色,但志愿服务组织缺乏事前预防和事中干预对其侵权行为的权能,只能事后诉诸公安机关惩处,使得落实《志愿服务条例》所规定的志愿者权益显得"有心而无力"。同时,由于疫情突发,大量志愿者"应急上岗",相关管理培训不足,也出现了志愿者行为不规范,侵害人民群众权益的事件。这些现象的根本原因在于志愿服务的约束机制尚待完善、现行法对志愿服务协议规范水平不足、整体治理体系尚存漏洞而导致些许失序与乱象。

3. 产业团体实效失真

为促进消费回补和潜力释放,全国各省市相继推出消费券等激励之策,该类政策旨在产业扶持,但其制定和实施过程却难见到行业协会、商会等产业团体的参与,这使得政府消费补贴政策虽然能改善经济总体数据,却并没能切入行业内部需求,也没能实现不同行业和行业内不同商户之间的统筹均衡分配,有失于片面,多地消费券仅能通过特定支付公司在特定商户使用,其公平性引发质疑。行业协会、商会等产业团体的缺位并非偶然,根源上我国当前产业全体实效水平和能力建设都已经落后于经济社会发展的客观需要,各层次诉求未能得到及时充分的整合,不利于筑实社会权实现的法域空间,也削弱了政策规范的民意基础。

(三)特殊群体保护问题

1. 康养权保障的非周延性

残疾人照养机构普遍采取集中看护模式,容易造成集聚,中国残联要求对残疾人托养服务机构等人群聚集场所实行封闭管理④,以"最低损害"方式尽可能地保障《残疾预防和残疾人康复条例》中所规定的康养权利。但各地市的权益保障水平和特殊群体保障能力随着行政级别的降低而不断降低。社会法体系内并未规定突发特殊情况下如何保障康养权,相应处置依赖于以全民传染病防治为第一要义的公共政策,使得特殊人群的关照未能得到连贯、持续、稳定的法定保障。

2. 信息权保障的非均衡性

未成年人、老年人和残疾人接受信息和判别真伪的能力较低,针对少年儿童的疫情宣教绘本材料陆续上市,体现了对未成年人身心健康的关怀,但残疾人、老年人群体的防疫健康信息权益保障较为棘手,

---

① 《关于动员慈善力量依法有序参与新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的公告》(民政部公告第 476 号)。

② 武汉市民政局制定《武汉市新冠肺炎防控捐赠工作规程》,制发《关于加强新型肺炎防控社会捐赠工作管理的通知》。

③ 包括但不限于《慈善法》《红十字会法》《公益事业捐赠法》《慈善组织公开募捐管理办法》《慈善组织信息公开办法》。

④ 《中国残联办公厅关于进一步做好残疾人托养、就业等机构新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》。

其不仅是防疫知识能力欠缺、基础病多发的“易感人群”,还是信谣传谣的“高危人群”。为残疾人获取公共信息提供便利是《残疾人保障法》第五十四条规定的“政府责任”,中国残联文件①强调了保障信息权的重要意义,但信息权保障的有关法条基本止步于社会法内部,未能对新闻媒体、行政管理等具体落实主体形成直接的法定约束力。如若社会法意义上的健康信息权益具备机动灵活、及时可靠的保障机制,势必极大减缓疫情防控压力。

3. 生活保障非稳固性

其一,生活帮助缺乏制度依托。中国残联文件要求密切追踪并着力解决返家残疾人实际困难,通过社区服务、邻里照护,为有需要的残疾人提供送药上门、心理咨询等服务②,多地社区在执行疫情隔离命令的同时,也为孤寡老人、残疾人等人性化地提供生活帮助。但社区自觉自发的行动缺乏实施经费、行动规范和外在监督,将使得弱势群体最基本的生活保障举措变得松散、零碎和随机。其二,无障碍环境建设不足。方舱医院提醒人们重新审视体育场馆等公共场合无障碍设施配置不足的弊端;疫情加速了社会生活的在线化,但是大量便民线上健康申报系统、政务办理系统等无法兼容残障人士的无障碍操作,线上无障碍建设成为短板。其三,公平就业机会缺失。残障人士在疫情后的就业状况不容乐观,远程办公削弱了残疾人的胜任力,在稳岗工作全局中针对企业的用工补贴增多,相应地,雇佣残疾劳动者的补贴优惠“比较优势”降低,削弱残疾人在用工市场的竞争力。

二、制度视角下的社会法检讨与透视

(一)原则与规则:社会法的现实关切

我国的社会法规范文本数量有限,非常态情景下的问题通常只能诉诸各项高度概括、高度抽象、缺乏可操作性的社会法原则,譬如重大疫情这样发生概率低但影响极大的公共事件,难以避免地面临着“有法难依”的困境,构成了对规范文本的重大挑战③。从立法技术层面看,文本的“意义容量”有限,允许省略不具备普遍意义的特例或将其纳入兜底性条款;但是由于疫情因素在社会法文本中通常藏匿于“适当”“合理”“必要时”等模糊化表达,各地在突发公共卫生事件中对弱势群体的权益保障大相径庭,从实效价值权衡,其泛化的粗放规定与其社会影响并不相称。

社会法从粗放走向精细有利于少数群体或特殊情况下的实践疑难问题得以解答;然而,社会法领域的社会实践涉及面广、覆盖范围大、地域差异严重,立法中难以有效把握“平均水平”,或者“平均水平”由于个体方差过大而缺乏代表性,加之我国社会事业起步晚、积累薄,精细立法虽是大势所趋④,但实践基础还不充分。实则这些实践疑难颇具复杂性和专业性,依靠裁判者个人生活经验是远远不够的,无论是基于实践中定分止争的需求,还是出于为精细立法奠基蓄力的考虑,都使得这些实践疑难点迫切需要学术智识资源的充分投入,亟待开展全面、深入、透彻、细致的多方辩驳,找出最中肯得宜的解法;但社会法学界却“志不在此”,多年来一直顺承国外成熟凝练的社会法基础理论,倚重深邃原则而“下沉”困难,疏于对实践疑难的关照,不仅造成学科内冷热不均,还使得实践中法治的效用价值虚化。

(二)协同与独立:规范体系中的自洽定位

在解决现实社会问题时,各部门协同执法在法律规范体系上的映射,衍生出如何有效规范交叉融合领域、厘定权责关系的问题。对于社会法这样年轻的学科,须对交融问题做出前瞻性的理论准备⑤。社

---

① 《中国残联办公厅关于进一步做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作的通知》。

② 《中国残联办公厅关于做好隔离的残疾人和亲属隔离的残疾人照护服务工作的通知》。

③ 参见白小平、李擎:《社会法的规范语境与本土化建构》,《河北法学》2013 年第 6 期,第 58 页。

④ 参见郑尚元:《依法治国背景下社会保险法制之建构》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2017 年第 4 期,第 27 页。

⑤ 参见冯彦君:《中国特色社会主义社会法学理论研究》,《当代法学》2013 年第 3 期,第 14 页。

会法的独立性来自独立的功能旨趣和实践形式,2003 年的全国人大常委会法治讲座上提及社会法是“规范劳动关系、社会保障、社会福利和特殊群体权益保障方面的法律关系的总和”①。同年全国人大常委会工作报告明确我国社会法是社会保障体系和劳动方面的法律,实在法已敲定社会法的体系定位②。在非核心范畴各学科不免有“跑马圈地”现象,社会法需要妥善处理规范体系中的“外部关系”。

首先应该慎重对待社会法和行政法的边界泛化问题。譬如新冠疫情中多份针对残疾人的文件有“父爱主义”倾向,过多强调服从管理的义务,考虑到我国弱势群体整体自主能力较差,这种“管理论”的做法可视为结果导向的变通执行。我国已有不少关于公共服务的行政法法律规范,有待于在公共服务法学的交叉领域中进一步统筹各方关系问题,防范缺位越位错位③。

同时,社会法和刑法也呈现出“双向融合”:一方面,社会法的惩戒机制有赖于刑法刑罚,例如,不履行对老年人、残疾人的照料义务可能构成遗弃罪乃至故意杀人罪;违法强行复工可能构成强迫劳动罪。另一方面,刑法中人道主义关怀也逐渐丰富,除一般司法政策外,疫情期间司法部门也有线上回访、行程跟踪和远程提审等保障涉罪人员基本人权的积极探索。刑法执行力强,在社会民生领域的过度扩展不仅将损害社会法“基准性”的自身逻辑,而且还可能导致部分迫切性严重性不显著的社会问题在有限的刑事司法资源分配过程中被折损。因此,社会法有必要凝练核心区域的独立执行能力,仅将确有必要交由刑法处罚的方面纳入交叉合作范畴④。

社会法与民法、宪法中对于“社会权”的表达具有内在联系。社会法核心内容脱胎于宪法,保障社会法权利的过程也是实现民法上人身和财产权利的过程⑤。在突发事件面前,权利保障的实现需要法律部门“协同增效”,将权利保障的责任正当、公正、公平地分配。停工停产期的薪酬待遇争议内核是法律部门之间责任划分。保障劳动者在疫情期间的生活确有必要,但是不应由市场主体担责,正常情况下,生命健康、人格尊严、物质生活条件等权利,的确是在合法的社会劳动中被实现的。我国社会法注重体系内的权利保障,而忽视了市场主体承担相应权利保障责任的现实可行性,忽略了其他法律部门在应急情况下对于保障“社会权”所负有的义务。

(三)放权与收紧:共治空间的统筹限度

社会力量在不同历史时期、不同社会形态中普遍存在,聚合了社会力量的社会团体是公共事务“共治空间”中重要的一角。当前我国民间社会团体已迅速成长起来,专业水平不断提升,其社会化的法律性质也有利于超越行政权能“填平和补齐”要求,开展更为深入和长期性的帮扶工作。

以基尔克为代表的社会法早期研究正是从“团体法”开始的,而规范和引导社会力量一直是社会法的重要内容⑥。现代社会信息技术和资本运作体制放大了社会力量的威力,名目繁多的社会组织尤其是资本聚集性的基金会组织,在发挥积极作用的同时也为可能成为非法资金的“白手套”,为利益输送、政策寻租乃至境外势力渗透提供便利。在共治空间中谋求 “善治”,需要从保护社会利益的角度出发,

---

① 杨景宇:《我国的立法体制、法律体系和立法原则》,载于 2003 年 7 月 8 日中国人大新闻,转引自全国人民代表大会数据库,http://data.people.com.cn/sc/detail? articleId = 6d8c5f283cd24aa9a60938babf59da49,2020 年 8 月 7 日最后访问。

② 全国人民代表大会常务委员会 2003 年工作报告,http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2003 - 04/04/content_312166.htm,2020 年 8 月 7 日最后访问。

③ 参见陈云良、寻健:《构建公共服务法律体系的理论逻辑及现实展开》,《法学研究》2019 年第 3 期,第 3 页。

④ 参见余少祥:《社会基准法的本质、特征及其实施机制》,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2019 第 3 期,第 136 页。

⑤ 参见徐爽:《宪法上社会权的发展:传统、改革与未来》,《政法论坛》2019 年第 5 期,第 13 页。

⑥ 参见沈建峰:《社会法、第三法域与现代社会法——从基尔克、辛茨海默、拉德布鲁赫到〈社会法典〉》,《华东政法大学学报》2019 年第 4 期,第 20—21 页。

提升对社会力量违规运作的甄别和判断能力,采取有效措施对社会力量违规运作予以约束和惩戒。

(四)效率与程序:社会发展中的社会法进退之辨

在《劳动合同法》出台时,“效率追求、发展利益”与“程序公正、权利保障”两方争执不下,最终文本采取了程序优先的立场①,劳权论痕迹较重。效率与程序何者优先的问题,实质是整体发展利益与个体权益何者优先,前者认为“把蛋糕做大”是首要的,唯有采取有利于企业在全球竞争中取胜的方式,实现总量扩增,才能为个体权益实现提供支撑;后者则将“把蛋糕分好”作为逻辑起点,认为在规范环境下能够生存的企业才具有真正的竞争力,牺牲一部分无法规范经营的企业有利于防止“劣币驱逐良币”,不仅合理而且必要。这两种倾向虽然殊途同归,但“正向促成”与“反面否定”之间的路径选择差别显著,为社会法实定法系统确立出不同的立足点。

应该承认,“效率论”促进法律执行性的思路是合理的,但这不必然得出应该降低法定基准的结论②。因为社会法是权利本位的法,而非增长本位的法,不能轻易因外在情势而自我否定。效率与程序可以互为补充,在“程序公正、权利保障”的基本立场上,首要坚持规范程序意义上的价值,坚持法定权益保障的立足点,再与效率诉求相“磨合”,实现分类施策、因地适宜和多元协调,融入“效率论”注重实践可能性的思路,探索进退之辨的价值平衡,为各项效率导向的举措赋予更充分的合法性。

(五)柔性与刚性:实践中的合目的性执行

刚性执法的基础是文本主义的法律解释,强调实在法精神;而柔性执法的基础是实用主义的法律解释,强调实践结果的价值权衡③,本次新冠疫情对劳动关系的创造性重构是“合目的性执行”的典例。我国劳动法初受德国影响,强调劳动关系的稳定、长期和专有化。对于劳动者,20 世纪 90 年代的“合目的性”举措是保障其长期稳定的工资收入;目前反而是许可其随经济潮汐灵活就业。对于用人单位,数量稳定的熟练工曾是保证产能的不二法门;信息技术和培训体系的发展令维系产能已无须依赖于此,原设定的劳动关系模式对用人单位也逐渐失去意义。这种经济潮汐并非疫情特例,行业的季节周期、地域周期、领域周期等普遍存在。近年来,德国劳动法逐步扩大非稳定劳动雇佣关系的实践空间,《兼职和固定期就业法》允许雇员自行选择建立全职或兼职工作关系④。坚持“刚性执法”否认用工模式创新已然违背市场价值规律,扼杀企业活力,削弱劳动者权益保障的经济基础,不符合界定劳动法律关系稳定性的宗旨。

“合目的性执行”并不意味着放任态度:第一,不同的价值系统中的价值判断不同,不同解释方法对“立法目的”的解读也可能完全不同,弱势群体有系统性“失声”或“被代言”风险⑤;第二,通过执行政策、司法自由裁量权等方式允许“良性违法”时,与法律保留原则发生不同程度的冲突几乎在所难免⑥;第三,过度柔性执法侵蚀法之稳定性,柔性执法虽有便捷优势,却不一定是唯一正解、不必然是最优路径;第四,对于相对成熟的柔性执法实践应适时法律化,这种类似于承认习惯法的做法有偏私之虞,恐将“普遍的陋习”合法化。

(六)沿袭与革新:新兴技术的冲击力

---

① 参见常凯:《论劳动合同法的立法依据和法律定位》,《法学论坛》2008 年第 2 期,第 5 页。

② 参见惠大帅:《〈劳动合同法〉修改的“希克斯”与“帕累托”之争》,《中国人力资源开发》2017 年第 5 期,第 147 页。

③ 参见王春业:《论柔性执法》,《中共中央党校学报》2007 年第 5 期,第 50 页。

④ 参见叶静漪、闫冬、阎天:《比较劳动法学》,北京:北京大学出版社 2018 年版,第 20—21 页。

⑤ 参见黄小钫:《弱势群体的集体权利及其代表:当代西方群体代表制理论评析》,《国外理论动态》2019 年第 3 期,第 87 页。

⑥ 参见孙展望:《法律保留、法治与复杂社会——中国语境下的法律保留之法治逻辑探究》,《政治与法律》2011 第 7 期,第 56 页。

新兴技术对社会法迭代更新提出了要求,以劳动法为例,在互联网、大数据、云计算、区块链等新技术创造出了新的行业,因而也创造了新型职业或更新了传统职业的工作模式,即使以保守审慎的眼光视之,也不可否认例如网约车、在线外卖订购等场景下客观存在的诸多劳动法律关系问题①,而居家办公等灵活用工相关的工作时间认定、社保缴纳义务分配、工伤保险责任等细节问题更是深刻考验了既有劳动法律的延展性,一些更为前瞻性的激进观点还强调机器基本取代人工工作的可能性②,若此说成立,劳动法律需与社会保障法律协同配合,为“不讲求义务对等的完全福利社会”蓄势而待。

当代新近出现的各项新技术对社会法的冲击力不仅体现为它创设出的新的场景,大量崭新的法学议题由此产生;另一方面,新型技术也可以为一些既有难题提供新的解决方案。尤其对于弱势群体帮扶问题而言,前沿医学、智能辅具、智慧家居、在线配送等构成了新的技术条件,为其享有健全幸福生活的提高了更多机会,让弱势群体帮扶的法理价值得到更为充分的实现。

三、社会法的创新优化

(一)破解社会法学实践效用的内卷化问题

当前我国社会法实定法规范基本能满足“有法可依”,但在一些适用疑难点上却找不到学理支持,导致“有法难依”。大量实践疑难缺乏法理支持③并不是因为理论研究投入不足,实际上我国社会法学理论不断迭代进步,而应归咎于社会法研究“上热下冷”的不均衡性:我国社会法学研究致力于依照从抽象到具象的顺序逐步构筑起完善系统,当前关注点还局限于抽象的“形而上”层面④,使得实践中“形而下”的具象问题所获得的关注度不足。在抽象层面完成了一次次内部自我升华的同时,其回应现实问题的效用价值却越来越低⑤,产生了理论研究内卷化现象。破解经济体内卷化的“常用药方”是发展科学技术,改进生产方式,让经济系统向更高形式更新,对于我国社会法的内卷化问题,也需要找到系统升级的突破口。

社会法学的内卷化也是我国转型期社会问题集中爆发的侧面写照。与欧美国家社会法“自下而上”的路径相比,不是通过总结凝练多项具体社会问题应对之策而形成价值学理,而是期望通过对学理细致辨析推演出可以解决整体社会积弊的完整方案。“以基础理论带动法制规范发展”的思路预设了一种由上到下演绎逻辑的前提,通过形而上逻辑科学和哲学权利观的自我推演,创设出社会法规范的应然,对演绎逻辑的过度依赖致使社会法关切现实的深度和效率受到严重损害。

为有效应对新时代发展需求,社会法学须“目光下移”。撷取国外理论、从上而下的发展进路,正是我国社会法学应当从日本早期和我国民国时期社会法学研究历史当中所汲取的经验教训⑥,从实用主义观之,由于缺乏在同一层面上进行探讨的共识基础,无法回应具体适用问题,无异于折断了社会法的四肢,徒留其日渐深邃晦涩的大脑,不利于社会法在法益重大、影响深远、需求迫切的突发公共事件面前有效作为;从本质主义观之,继受而来的社会法理论附着了大量域外内生要素,继受学理的激烈争论很可能只是源于不同的域外社会事实⑦。此外,例如我国扶贫事业在全球贫困问题化解中的卓著贡献、国内外疫情防控的现实效果等客观现实也为我国社会法的学术自信提供了注脚,破解内卷化问题需要学

---

① 参见涂永前:《应对灵活用工的劳动法制度重构》,《中国法学》2018 年第 5 期,第 216 页。

② 参见黄欣荣:《人工智能对人类劳动的挑战及其应对》,《理论探索》2018 年第 5 期,第 15 页。

③ 参见郑功成:《中国社会法:回顾、问题与建设方略》,《内蒙古社会科学》2020 年第 3 期,第 9 页。

④ 参见陈步雷:《社会法的部门法哲学反思》,《法制与社会发展》2012 年第 4 期,第 31 页。

⑤ 参见吴文芳:《我国社会法理论演进与研究路径之反思》,《华东政法大学学报》2019 年第 4 期,第 75 页。

⑥ 参见蔡晓荣:《民国时期社会法理论溯源》,《清华法学》2018 年第 3 期,第 58 页;田思路:《日本“社会法”:概念·范畴·演进》,《华东政法大学学报》2019 第 4 期,第 62 页。

⑦ 参见叶静漪:《比较社会法学》,北京:北京大学出版社 2018 年版,第 164 页。

界“制造合意”,放弃不切实际的偏执和激进倾向,凝练出富有包容性的学术共识,促进形成更多解决社会问题之实体法规的学术判断。

(二)嵌入式整合带来的治理效能提升

在社会整体治理的视角之下,社会法与其他领域之间的嵌入整合是一个过程的两个方面,既表现在社会法从外界元素汲取营养,也表现在对外部领域的输出和引领。

第一,社会法对外界输入的需求体现在实施机制上。社会法通常为强势的一方设立义务而为弱势一方设立权利,法条设定的法律责任需外在督促和内在降低“守法成本”双线并进①。对外在执法监督而言,近年来在线举报、公示和纠纷解决机制作用初现,信息技术日益成为“保护有效”原则的重要保障。社会法规范内部需要接纳这种趋势,让技术化的督查、救济获得更大施展空间。未来在劳动维权、福利欺诈等问题上,体感监控等技术也大有可为。对内在促进守法而言,一方面,应关注各方实际负载能力,运用金融工具分担超出部分的成本。保险是“高风险社会”的必需品,通过雇主责任的“外部化”策略,提升应对“小概率、重损害”的突发事件的能力,辅助社会法的保障补偿赔偿政策落实到位。另一方面,权益享有者有手续认证等带来的守法成本,新冠疫情期间此类业务办理被动地加速了在线化尝试,新媒体应用技术、生物特征识别认证等极大简化了办理人一端的操作,通过办理程序的“黑匣化”,促进权利实际享有,这些“急智”经验应当在社会法立法修法中得到吸收借鉴。

第二,社会问题本身的综合性要求畅通社会法对其他领域的输出过程。以问题导向统筹其他法制资源②,建立整体韧性制度。例如,若要解决“一床难求”困境,需要在传染病防治设施建设、医护工作者、防控物资等方面进行前瞻性的应急预备,进而解决好财政投入、物流货运、海关、市场监管、行政架构等法律问题。以社会法理念渗透其他法制部类,基于自由、平等、基本权、削减不平等,建立社会福利体系法治。

(三)“结构—关系—文化”下的改进路径

1. 结构

社会法面向社会共治空间,其产生效力的场域有其自身的基本结构要素③,既包括应然层面的规范体制结构,也包括实然层面的治理结构,共同构成了社会法实施环境的客观条件。

在规范体制结构上,本次新冠肺炎疫情应对进一步印证了社会法在法律层级上获得独立地位的必要性,惟其如此才能统筹安排、迅速调配化解问题的各种制度举措。在实然治理结构上,与平行的各法律部门相比,社会法部门层级内部的制度构成还不充实。诚然,单从文本数目无法对社会法规制程度得出有效判断,但譬如新冠肺炎疫情应对期间相继出台的规定劳动保护、优抚待遇、工资续付等基础制度规制的一般规范性文件规定,说明了社会法部门对补充政策的依赖程度深,客观上降低了社会法立法的科学水平,有碍于法的稳定和可预见属性。

2. 关系

未来社会法建设应当更加重视内部关系的复杂现状,确定力量对比格局的关键是双方相互关系多次重复而获得的“稳定值”。不同于民法、行政法和刑法,社会法的主体从“抽象的人”走向“具体的人”,概括为强-弱关系仍不够精细④,各主体力量对比多样且变化很大,对关系格局的准确把握是社会法做出有效行动的基础和前提。

第一,监管者与劳动者、社会保障权享有人之间的关系。后者处于话语上的弱者地位,应注重建设

---

① 参见江必新:《严格依法办事:经由形式正义的实质法治观》,《法学研究》2013 年第 6 期,第 42 页。

② 参见董文勇:《我国社会建设时代的社会法及其体系论纲》,《河北法学》2016 年第 10 期,第 9 页。

③ 参见刘旺洪:《国家与社会:法哲学研究范式的批判与重建》,《法学研究》2002 年第 6 期,第 15 页。

④ 参见胡新建、郑曙光:《我国劳动法律制度调整的现实基础和立法趋向析论》,《理论导刊》2019 第 5 期,第 93 页。

意见表达程序,畅通投诉渠道,积极推进在法治框架内进行对“社会共鸣问题”的商讨;还需要矫治规则制定时的“失声”与“误读”现象,实践中这一群体的消极需求可能与立法者的认识不同。第二,监管者与用人单位、社会保障义务实际履行人之间的关系。囿于治理结构导致的实践水平,加强执法监督确有必要;而对于社会保障供给,目前外包采购应用程度提升,考虑到保护法益的重要性,对供给者的考核标准不能降低到法定以下。第三,劳动者、社会保障权享有人与用人单位、社会保障义务实际履行人之间的关系。在双创热潮之下,中小企业成为用人单位中的绝对多数,与大型企业适用同样的雇主责任则有失偏颇,两者在稳就业保民生方面具有相同作用,但其承担雇主责任的能力却差异巨大。因此,法定标准应以保障基本生存的底线水平而非平均水平作为主要参考。

3. 文化

在日常状态下,群体意识对社会要素的信任明显不足,建设动力也较为匮乏;但在疫情、地震等公共危机发生时,志愿服务和救援捐助的热情空前高涨①。社会法建设应该把握契机,唤醒人“社会性”的一面,引导社会意识正视社会法的价值、功能作用和必要性,促进社会领域规制的发展。疫情中涌现的社会志愿服务组织、慈善机构等也是可贵的立法素材,应该发掘法团自治的本土文化资源,为结构性的实践不足、关系僵局提供解法。此外,还应该关注某些异化的社会领域亚文化现象,例如,某些疫情中不正确防护可被归咎于愚昧落后的贫困文化;不当囤积抢夺防护物资的负面市民文化;长期无视法律形成的加班文化等。这些积弊的根治须回溯到结构关系问题,通过正向引导社会意识,反作用于实践进步。

(四)基于广义的成本–收益分析的社会法发展策略进路

尽管社会法应当关注“形而中”的规范适用问题,但是也并不意味着要走向另一极端。至少,作为结果导向的法,有必要在具体规范问题上进行广义的成本–收益分析。对于当前我国社会法程序与效率的进退之辨,应考虑到广义视角下,“立改废”除实施成本还有“转换成本”②。在立法修法的过程中,不能忽略“原有守法者”转换既有人事管理策略以适应新法的成本。当然,这种成本的承担者不仅是用人单位,还可能是社会组织和监管机构,当收益的增加大于实施和转换成本之和时,这种立法修法的“民意基础”才比较坚实③。

成本侧的衡量主要关乎实施阻力大小,而收益侧的衡量可以评估必要性。一方面,“收益”需要立法者依据一定的判别标准确认,社会法规范系统的内在价值标准并非天然存在于系统中,而要在整体视域下“赋予”价值。社会法系统与外在社会整体系统是双向互动的关系,因而社会法系统的“价值标准”也必然是历时性的标准。应基于我国社会发展实情,确立社会法的价值标准,辩证地嵌入有益因素、审慎地识别隐患因素,牢牢把握社会治理的主旋律,对于超越历史阶段的、涉及境外势力渗透的、违背社会主义本质的要素必须坚决反对。另一方面,要让“收益”的价值按预期发生,需要在立法决策时仔细论证、多方听取意见,对于当前受关注的疫情后社会补偿优抚政策,屡次突破法定标准的“特惠政策”需要在补偿方式合理、结果公平和实效发挥上进一步斟酌考量。

(五)社会法观念更新与范式转变

信息社会的到来是大势所趋,疫情中的居家隔离使各方面的“在线化”都得到的加速,规范发展也应该对这种倾向保持关注。信息社会对于社会法发展的影响不仅停留在政务在线办理或电子化监督执法这些“技术工具主义”的表象上,还会深刻影响社会生产生活的根本形态。例如,供需信息化带来了全球经济分工,人力资源信息化带来新型用工方式,生物特征识别更新了人的智识系统和感知器官。社

---

① 参见龙春霞:《突发事件应急管理中的社会资本研究——基于社会组织和社会参与的视角》,《前沿》2010 第 23 期,第 134 页。

② 参见苗连营、郑磊:《立法的偏颇及其矫正——以〈劳动合同法〉为分析考察对象》,《学习与探索》2010 第 3 期,第 90 页。

③ 参见叶静漪:《和谐劳动关系法律问题建构若干重大问题研究》,北京:北京大学出版社 2018 年版,第 30 页。

会法的观念内核不能对十八世纪启蒙思想家阐发的维系人的尊严与自由的方式抱有过深的执念,面对剧烈变化的外部环境,有必要回溯到理性标准的原点,综合运用法经济学分析、法教义学分析乃至其他社科学科的分析范式,提升方法论的自觉和选择性,对根本目标的实现方式开展符合时代条件的思考。

社会法应该更新对个人合理生存状态的预设。信息技术使得生产的流程化拆分和人力资源高速流转成为可能,出现"液态公司"模式,劳动竞争更为显著,需要社会法各子部门之间重新定位分工,强化劳动规范内的价值创造定位和社会保障规范内的兜底保护定位。正如民法物权从所有权到使用权的分化发展一样,廓清生产劳动的人身属性与价值创造属性的区别与联系,有利于适应信息社会的生产组织形态,提升人力资源的利用效率,改变社会法"束缚"经济发展的矛盾现象。社会法的"自我责任"原则是一以贯之的,人们必须首先自己关注自己的经济生存保障,通过财产或者劳动力投入来维持自己和家庭成员的生计;对于缺乏竞争力的劳动力资源,再通过职业培训等办法保障其价值创造的能力,并建立社会保障、失业安置、再就业支援系统作为兜底,而非强制经济部门反过来适应落后生产力。

社会法还应当在定位上实现从"补差"到全民的转变。一方面,现代社会中弱势具有相对性,在劳资关系中预设强弱对比格局是一种刻板印象,倾斜保护的立场可能因此失效①。另一方面,信贷工具的高度发达使得社会风险空前提升,突发重大公共事件对于部分人的生活产生颠覆性的影响。加强社会建设是适应新型社会风险的客观要求,王家福曾提出在高风险社会强化全民保障社会建设的重要性和必要性②。疫情后,社会立法应当进一步重视"风险群体",夯实保障底线,注意该群体社会促进功能的实现。从困顿救济、基础设施到社会融合,不断提升社会法治的综合效益。

A Study on the Transformation and Approach of Social Law in the New Era

Ye Jingyi, Su Huiyang

(*School of Law*, *Peking University*, *Beijing* 100871, *China*)

Abstract: In recent years, the rule of law has generally made remarkable achievements in the social sector, but labor protection, social organizations, public welfare, charities and the protection of disadvantaged groups are confronted with new problems and challenges. In the New Era, the opposition and unity of "flexibility and rigidity", "efficiency and procedure", "synergy and independence", "decentralization and centralization", and "specification and extension" of the social law, have been displayed profoundly. It is necessary for the social law to adapt to the new trend of the New Era: more emphases should be put on specific problems of applicable value; more attention should be paid to the coordination of the legal system at the macro level, and to the external basic environment for legal implementation; more importance should be attached to the exerting of the effectiveness of soft legal governance while the norms are being cautiously amended, and more work should be done to make adaptation to the risky society in the information age, so as to establish a modernized and Sinicized social system of legal governance.

Key words: New Era, social law, synergy, transformation

(责任编辑　杨伊佳)

① 参见王天玉:《劳动法分类调整模式的宪法依据》,《当代法学》2018 年第 2 期,第 112 页。

② 参见王家福、杨洪、王保树、王金中:《西德、法国、英国经济法考察》,《法学研究》1983 年第 4 期,第 61 页。